

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 30 avril 2015 portant avis sur le projet d'arrêté pris en application de l'article L.314-1-1 du code de l'énergie relatif à la prime rémunérant la disponibilité des installations de cogénération supérieures à 12 MW

Participaient à la séance : Philippe de LADOUCKETTE, président, Christine CHAUVET, Catherine EDWIGE, Hélène GASSIN, commissaires.

La CRE a été saisie par courrier du 2 février 2015 d'un projet d'arrêté pris en application de l'article L. 314-1-1 du code de l'énergie, relatif à la prime rémunérant la disponibilité des installations de cogénération de puissance supérieure à 12 MW.

Ce texte prévoit, pour une période s'achevant au 31 décembre 2016, l'instauration d'une rémunération (ci-après la « prime ») pour ces installations en contrepartie d'un engagement de disponibilité pour le système électrique français. Le montant annuel de cette prime est plafonné à 45 k€/MW et vise à couvrir une partie des coûts d'exploitation de l'installation ainsi qu'une part des investissements de rénovation effectués.

La CRE avait rendu le 10 décembre 2013 un avis sur un projet d'arrêté encadrant le même mécanisme.

1. Contexte

1.1. Arrêté du 19 décembre 2013 pris en application de l'article L. 314-1-1 du code de l'énergie relatif à la prime rémunérant la disponibilité des installations de cogénération supérieures à 12 MW et ayant bénéficié d'un contrat d'obligation d'achat

Les cogénérations sont des installations dont le principe de fonctionnement est de générer simultanément de la chaleur et de l'électricité. En générant conjointement ces deux énergies, elles bénéficient, pour un volume d'énergie donné, d'un rendement supérieur à celui qu'auraient deux installations qui génèreraient la chaleur et l'électricité de manière indépendante. Le présent avis porte sur un arrêté ne concernant que les cogénérations de puissance supérieure à 12 MW. Les autres installations bénéficient, en application de l'article L.314-1 du code de l'énergie, d'un régime d'obligation d'achat encadré par un arrêté sur lequel la CRE a rendu son avis le 12 septembre 2013.

Le cumul des charges consacrées, depuis quinze ans, au financement des contrats d'obligation d'achat des installations de cogénération, toutes puissances confondues, s'élève aujourd'hui à environ 13 milliards d'euros.

En France, on recense actuellement une trentaine d'installations de cogénération d'une puissance supérieure à 12 MW, pour un total d'environ 1 500 MW. Le débouché chaleur de ces installations est, pour environ un tiers de la puissance, le chauffage collectif (réseaux de chaleur) et, pour les deux tiers restants, la participation aux besoins de chaleur de certains procédés industriels. Ceci entraîne une différence structurelle de fonctionnement entre ces deux types d'installations : alors que les industriels ont un besoin constant en chaleur qui entraîne un fonctionnement en base ou semi-base de leur installation de cogénération, les installations alimentant des réseaux de chauffage fonctionnent principalement l'hiver, le besoin en chaleur l'été étant faible ou nul.

Par ailleurs, ces installations de cogénération viennent le plus souvent se substituer à des chaudières qui, dans un tiers des cas, fonctionnent au charbon, alors que les deux tiers restants fonctionnent au gaz. La cogénération est alors considérée comme « effaçant » du charbon ou du gaz.

Lors de leur création, la plupart des installations de puissance supérieure à 12 MW ont bénéficié, pour une durée de 12 ans, d'un contrat d'obligation d'achat. Un certain nombre de contrats sont arrivés à échéance à partir de 2008, et les derniers en 2013.

Les installations dont le contrat d'obligation d'achat est arrivé à échéance ont alors dû évaluer si les revenus apportés par une valorisation sur les marchés de leur électricité leur permettait de continuer à fonctionner, voire d'effectuer les investissements nécessaires au prolongement de leur activité.

Dans le contexte de l'époque, la diminution des prix de marché de l'électricité, la hausse des prix du gaz et un faible niveau du prix du CO₂, ont engendré une situation peu favorable à l'utilisation des centrales produisant de l'électricité à partir de gaz, augmentant l'incertitude pesant sur leurs revenus. C'est dans ce cadre que la loi n° 2013-619 du 16 juillet 2013 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine du développement durable¹ a introduit un article dans le code de l'énergie créant une prime pour les installations de cogénération en contrepartie d'un engagement de disponibilité pendant les périodes de tension nationale du système français :

« Les installations de cogénération en exploitation au 1^{er} janvier 2013 d'une puissance supérieure à 12 mégawatts électriques et ayant bénéficié d'un contrat d'obligation d'achat peuvent bénéficier d'un contrat qui les rémunère pour la disponibilité annuelle de leur capacité de production, aussi bien en hiver qu'en été. Ce contrat est signé avec Électricité de France. La rémunération tient compte des investissements nécessaires sur la période allant jusqu'au 31 décembre 2016 et de la rentabilité propre des installations incluant toutes les recettes prévisionnelles futures. Elle tient aussi compte de l'impact positif de ces installations sur l'environnement. Cette rémunération est plafonnée à un montant maximal annuel. La dernière rémunération ne peut intervenir après le 31 décembre 2016.

Les termes de ce contrat et le plafond de rémunération sont fixés par arrêté des ministres chargés de l'économie et de l'énergie, après avis de la Commission de régulation de l'énergie. »

La CRE a été saisie par courrier électronique le 6 novembre 2013 d'un projet d'arrêté pris en application de l'article L. 314-1-1 du code de l'énergie, relatif à la prime rémunérant la disponibilité des installations de cogénération de puissance supérieure à 12 MW et ayant bénéficié d'un contrat d'obligation d'achat.

La CRE avait rendu son avis dans un délai réduit, ce qui ne lui avait pas permis de vérifier les informations strictement déclaratives transmises par les exploitants de cogénérations. Cet avis avait été transmis au gouvernement le 10 décembre 2013 et l'arrêté publié au Journal officiel le 19 décembre 2013.

1.2. Evolution de l'article L. 314-1-1 du code de l'énergie

Le Conseil d'Etat a été saisi, le 25 février 2014, d'un recours pour excès de pouvoir contre l'arrêté du 19 décembre 2013 pris en application de l'article L. 314-1-1 du code de l'énergie relatif à la prime rémunérant la disponibilité des installations de cogénération supérieures à 12 MW et ayant bénéficié d'un contrat d'obligation d'achat.

Le 23 mai 2014, le Conseil d'Etat a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité, posée par la société ROQUETTE FRERES, relative à la conformité à la Constitution des dispositions de l'article L. 314-1-1 du code de l'énergie.

Plus précisément, le Conseil d'Etat a considéré dans sa décision n° 375784 du 23 mai 2014 que « l'article L. 314-1-1 du code de l'énergie est applicable au présent litige ; que cette disposition n'a pas été déjà déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel ; que le moyen tiré de ce que, compte tenu de la différence de traitement qu'elle prévoit entre les installations de cogénération en exploitation au 1^{er} janvier 2013 d'une puissance supérieure à 12 mégawatts électriques, selon qu'elles ont ou non bénéficié antérieurement d'un contrat d'obligation d'achat, elle porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, notamment au principe d'égalité, soulève une question présentant un caractère sérieux, qu'ainsi il y a lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité invoquée ».

La société ROQUETTE FRERES a soutenu devant le Conseil constitutionnel qu'en réservant le bénéfice du contrat rémunérant la disponibilité annuelle de leur capacité de production aux installations de cogénération d'une puissance supérieure à douze mégawatts qui avaient bénéficié d'un contrat d'obligation d'achat conclu

¹ dite loi DADDUE

avant la loi n° 2000-108 du 10 février 2000, le législateur avait introduit une différence de traitement entre lesdites installations sans rapport avec l'objet de la loi et, par suite, méconnu le principe d'égalité devant la loi ; qu'au surplus, cette différence de traitement provoque des distorsions de concurrence, portant atteinte à la liberté d'entreprendre.

Dans sa décision n° 2014-410 QPC du 18 juillet 2014, après avoir fait référence à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le Conseil constitutionnel a tout d'abord rappelé qu'à l'occasion de l'adoption des dispositions de l'article 43 de la loi n° 2013-619 ayant conduit à l'introduction des dispositions de l'article L. 314-1-1 dans le code de l'énergie, le législateur avait entendu accorder un soutien public à certaines installations de cogénération d'une puissance supérieure à 12 mégawatts au motif qu'elles ne pourraient faire face aux investissements nécessaires à la poursuite de leur activité jusqu'à la mise en œuvre, en 2016, des dispositions de la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 instaurant un marché de la capacité d'effacement et de production d'électricité.

Le Conseil constitutionnel a considéré d'une part que le fait d'avoir conclu un contrat d'obligation d'achat d'électricité avant l'entrée en vigueur de la loi du 10 février 2000 ne saurait, par lui-même, justifier le bénéfice d'un droit exclusif à l'attribution d'un nouveau régime de soutien financier, que l'octroi de cet avantage ne correspondait à une différence de situation entre les installations de cogénération ni au regard de la rentabilité de ces installations, ni au regard de la nécessité pour les entreprises qui les exploitent d'engager des investissements, du processus industriel de cogénération employé ou de l'impact positif sur l'environnement qui en résulte.

Le Conseil constitutionnel a considéré d'autre part que les motifs d'intérêt général d'efficacité énergétique et de sécurité des approvisionnements que permet la cogénération ne justifiaient pas la différence de traitement en cause dès lors que les installations de puissance supérieure à 12 mégawatts sont susceptibles de concourir à la réalisation de ces objectifs, qu'elles aient ou non bénéficié d'un contrat d'obligation d'achat.

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2014-410 QPC du 18 juillet 2014, a décidé que les dispositions de l'article L. 314-1-1 du code de l'énergie méconnaissaient les exigences de l'article 6 de la Déclaration de 1789 et étaient contraires à la Constitution.

S'agissant des effets dans le temps de sa décision, le Conseil constitutionnel a décidé que l'abrogation des dispositions de l'article L. 314-1-1 du code de l'énergie prendrait effet à compter de la publication de la décision et que les rémunérations dues en vertu des contrats conclus en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution au titre des périodes antérieures au 1^{er} janvier 2015 ne pourraient pas être remises en cause sur le fondement de cette inconstitutionnalité.

A la suite de la décision du Conseil constitutionnel, un amendement au projet de loi sur la simplification de la vie des entreprises a été déposé par le gouvernement. Il prévoyait l'accès à la prime de mise à disposition de puissance pour toutes les installations de cogénération de plus de 12 MW, et non plus seulement pour celles qui avaient auparavant bénéficié d'un contrat d'obligation d'achat. L'article L 314-1-1 du code de l'énergie, tel qu'issu des dispositions de la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises, est dès lors ainsi rédigé :

« Les installations de cogénération d'une puissance supérieure à 12 mégawatts électriques et en exploitation au 1er janvier 2013 peuvent bénéficier d'un contrat transitoire qui les rémunère pour la disponibilité annuelle de leur capacité de production, aussi bien en hiver qu'en été, pendant une période maximale de trois ans qui se termine au plus tard le 31 décembre 2016. Ce contrat est signé avec Electricité de France. La rémunération tient compte des investissements nécessaires jusqu'au 31 décembre 2016 et de la rentabilité propre des installations incluant toutes les recettes prévisionnelles futures. Elle tient aussi compte de l'impact positif de ces installations sur l'environnement. Cette rémunération est plafonnée par un montant maximal annuel et ne peut être cumulée avec celle résultant d'un contrat d'obligation d'achat mentionné à l'article L. 314-1 ou d'un appel d'offres mentionné à l'article L. 311-10.

Les termes de ce contrat et le plafond de rémunération sont fixés par arrêté des ministres chargés de l'économie et de l'énergie, après avis de la Commission de régulation de l'énergie ».

D'après les déclarations de certains cogénérateurs, cette adaptation entraînerait l'éligibilité de quatre nouvelles installations pour une puissance installée totale de l'ordre de 300 MW.

Par décision du 16 avril 2015, n° 375784, le Conseil d'Etat a considéré, tirant les conséquences de la décision du Conseil Constitutionnel, s'agissant de l'arrêté du 19 décembre 2013 pris en application de l'article L. 314-1-1 du code de l'énergie relatif à la prime rémunérant la disponibilité des installations de cogénération supérieures à 12MW et ayant bénéficié d'un contrat d'obligation d'achat, que :

« Le deuxième alinéa de l'article 2, ainsi que les mots : " dans un délai de trois mois suivant la publication du présent arrêté " du premier alinéa de l'article 3 et le deuxième alinéa de l'article 3 de l'arrêté du 19 décembre 2013 pris en application de l'article L. 314-1-1 du code de l'énergie relatif à la prime rémunérant la disponibilité des installations de cogénération supérieures à 12 MW et ayant bénéficié d'un contrat d'obligation d'achat sont annulés. »

1.3. Projet d'arrêté pris en application du nouvel article L.314-1-1 du code de l'énergie

Le projet d'arrêté soumis pour avis à la CRE fixe les modalités d'éligibilité et de calcul de la prime aux installations de cogénération d'une puissance supérieure à 12 mégawatts électriques et en exploitation au 1^{er} janvier 2013 en contrepartie d'un engagement de disponibilité pour le système électrique français. Cette prime vise à couvrir une partie des coûts d'exploitation ainsi que, chaque année, les amortissements des investissements effectués après l'échéance du contrat d'obligation d'achat. Le niveau annuel de rémunération est plafonné à 45 k€/MW, dont 35 k€/MW de prime indépendante des investissements effectivement consentis.

Le montant de 35 k€/MW de prime est diminué en cas d'indisponibilité ou de non-respect des engagements d'efficacité énergétique.

Avec ce niveau de prime, la CRE a évalué l'impact maximal sur le montant des charges de service public d'électricité (« CSPE ») à environ 85 M€² par an.

2. Analyse du projet d'arrêté

A titre liminaire, la CRE constate que :

- certaines observations formulées dans son avis du 10 décembre 2013, et rappelées ci-après, ont été en partie reprises dans l'arrêté du 19 décembre 2013, et maintenues dans le présent projet d'arrêté ;
- le projet d'arrêté permet désormais la participation au dispositif des installations de cogénération n'ayant pas bénéficié de contrat d'obligation d'achat par le passé.

La CRE attire l'attention du ministre chargé de l'énergie sur la nécessaire prise en compte des conséquences de la décision du Conseil d'Etat du 16 avril 2015 précitée sur le nouvel arrêté pris en application des dispositions de l'article L. 314-1-1 du code de l'énergie. En effet, le projet d'arrêté prévoit notamment dans ses articles 2 et 3 que la demande complète de contrat ne peut pas intervenir au-delà d'un délai de trois mois suivant la publication de l'arrêté. Ces dispositions sont identiques à celles prévues par l'arrêté du 19 décembre 2013 susmentionné, lesquelles ont été annulées par le Conseil d'Etat en ce qu'elles privaient de portée utile la loi n°2014-1545 du 20 décembre 2014.

L'analyse des modalités du projet d'arrêté conduit la CRE à formuler les observations et recommandations énoncées ci-après.

² Hypothèse maximaliste dans le cas où l'intégralité des installations en service au 1^{er} janvier 2013 reste en fonctionnement et qu'elles effectuent toutes les investissements permettant d'atteindre le plafond de la rémunération annuelle.

2.1. Sur les effets du dispositif de soutien sur le fonctionnement des marchés

La mise en œuvre d'un dispositif de soutien spécifique aux cogénérations, comme tout système de soutien administré de type obligation d'achat, a des conséquences sur le fonctionnement des marchés, en ce qu'il vient affecter la formation des prix résultant du jeu de l'offre et la demande. Le dispositif envisagé aura notamment un impact sur la durée de fonctionnement d'autres installations présentant des caractéristiques de fonctionnement proches des cogénérations, telles que les centrales à cycle combiné au gaz. Cet impact sera d'autant plus important que le niveau de la prime sera élevé.

2.2. Sur le niveau de la prime

Le niveau de la prime dont peuvent bénéficier les installations de cogénération est le même que celui figurant dans la saisine du 6 novembre 2013.

La CRE rappelle que son analyse, fondée sur les données déclaratives des cogénérateurs, avait mis en évidence une grande disparité des situations économiques des différentes installations, notamment entre celles « effaçant » du charbon et celles « effaçant » du gaz.

La CRE renouvelle dès lors sa recommandation d'adapter le niveau de prime en fonction du type d'installation, afin de prendre en compte la disparité des situations rencontrées, et d'éviter des rentes indues pour certaines installations.

A cet égard, afin de conforter son analyse des marges des installations de cogénération, la CRE procédera à un audit des conditions économiques réelles de leur fonctionnement. Il sera réalisé *ex post*, après publication de l'arrêté, et ses résultats seront transmis au gouvernement, de manière à adapter le cas échéant le niveau de la prime.

2.3. Sur la prise en compte des investissements pour le calcul du niveau de la prime

Le caractère rétroactif de la prise en compte des investissements reste discutable, à tout le moins d'un point de vue économique.

En effet, le projet d'arrêté permet la prise en compte d'investissements de rénovation effectués depuis la fin de la période d'obligation d'achat pour les installations en ayant bénéficié, ou depuis 2009 pour les autres.

Dès lors, la question d'une aide à l'investissement apportée à un exploitant qui avait déjà pris la décision d'investir dans l'environnement économique qui s'offrait à lui à l'époque, et qui s'entendait hors prime, se pose.

A contrario, si les seuls investissements réalisés depuis 2013 étaient pris en compte, un effet d'aubaine pourrait se matérialiser au profit d'exploitants d'installations plus récentes, lesquels n'auraient à investir qu'à partir de l'année 2013, contrairement aux exploitants ayant dû procéder à des investissements avant 2013.

Le choix entre deux modes de calcul des amortissements répond aux difficultés soulevées par la CRE

Dans son avis du 10 décembre 2013, la CRE avait relevé des difficultés techniques s'agissant du calcul du niveau de prime à partir des amortissements réels des investissements³, et avait suggéré, pour y remédier, de recourir à un calcul théorique de ces amortissements. En réponse, le projet d'arrêté a introduit la possibilité, pour l'exploitant, de choisir entre un amortissement comptable réel et un amortissement théorique.

³ Ces difficultés portaient sur la non prise en compte des investissements effectués sur l'année 2016 et sur les possibilités de provisionnement d'investissements qui étaient susceptibles de générer des biais dans le calcul des amortissements.

2.4. Sur la participation des installations aux réserves rapides et complémentaires

Certaines installations de cogénération participent aux mécanismes de réserves rapides et complémentaires. Les revenus dégagés sur ces mécanismes comportent une prime fixe permettant de rémunérer la disponibilité des moyens qui y participent. Si aucune disposition n'est prévue pour empêcher une installation de cogénération de participer à ces mécanismes tout en percevant une prime par ailleurs, des biais sont susceptibles d'apparaître dans les mécanismes de réserves, venant pénaliser les autres acteurs y participant.

Dans son avis du 10 décembre 2013, la CRE avait demandé l'introduction d'une clause interdisant aux installations de cogénération le cumul de la prime pour une puissance donnée et de la valorisation de cette dernière sur les mécanismes de réserve. La CRE maintient cette recommandation, qui n'a pas été prise en compte dans le projet d'arrêté.

3. Avis de la CRE

S'agissant des modalités du dispositif de soutien prévues par le projet d'arrêté relatif à la prime rémunérant la disponibilité des installations de cogénération supérieures à 12 MW, la CRE prend acte du texte sur lequel elle a été saisie et formule les quatre observations suivantes :

- le niveau de prime en fonction du type d'installation doit être adapté pour tenir compte de la disparité des situations rencontrées et éviter des rentes indues pour certaines installations ;
- la prise en compte des investissements qui ont déjà été réalisés par certaines installations hors du cadre des contrats d'obligations d'achat est discutable d'un point de vue économique, ces investissements ayant été jugés rentables par les exploitants en l'absence de tout dispositif de soutien. La CRE reconnaît toutefois que l'exclusion de ces investissements créerait un effet d'aubaine pour les installations ayant bénéficié d'une sortie plus tardive de l'obligation d'achat et n'ayant par conséquent pas encore réalisé ces investissements ;
- des mesures permettant d'éviter une double rémunération des installations de cogénération doivent être prévues, en particulier sur le mécanisme des réserves rapides et complémentaires ;
- le projet d'arrêté doit être adapté pour tenir compte des conséquences de la décision du Conseil d'Etat du 16 avril 2015.

Par ailleurs, en application des dispositions de l'article L. 134-18 du code de l'énergie, la CRE procédera à un audit des conditions économiques de fonctionnement des installations de cogénération objet du présent arrêté. Il sera réalisé *ex post*, après publication de l'arrêté, et ses résultats seront transmis au gouvernement, de manière à adapter le cas échéant le niveau de la prime. La CRE rappelle que le défaut de communication de documents et d'informations est susceptible de constituer un manquement.

Fait à Paris, le 30 avril 2015

Pour la Commission de régulation de l'énergie,

Le président,

Philippe de LADoucETTE